



**University of
Zurich^{UZH}**

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2011

**Die Regelung der Meldepflicht nach Art. 20 BEHG im Zusammenhang mit
dem indirekten Erwerb aus strafrechtlicher Sicht, zugleich eine
Auseinandersetzung zum Verhältnis zwischen strafrechtlicher Generalklausel
und präzisierendem Verordnungsrecht**

Donatsch, Andreas ; Blocher, Felix

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich
ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-48494>
Book Section

Originally published at:

Donatsch, Andreas; Blocher, Felix (2011). Die Regelung der Meldepflicht nach Art. 20 BEHG im Zusammenhang mit dem indirekten Erwerb aus strafrechtlicher Sicht, zugleich eine Auseinandersetzung zum Verhältnis zwischen strafrechtlicher Generalklausel und präzisierendem Verordnungsrecht. In: Sethe, Rolf. Kommunikation: Festschrift für Rolf H. Weber zum 60. Geburtstag. Bern: Stämpfli, 275-288.

Die Regelung der Meldepflicht nach Art. 20 BEHG im Zusammenhang mit dem indirekten Erwerb aus strafrechtlicher Sicht

Zugleich eine Auseinandersetzung zum Verhältnis zwischen strafrechtlicher Generalklausel und präzisierendem Verordnungsrecht

ANDREAS DONATSCH/FELIX BLOCHER

Inhaltsverzeichnis

I.	Ausgangslage	275
II.	Meldepflichten bei Cash-Settlement-Optionen: Der Sulzer-Fall	277
	1. Die Umschreibung der Meldepflichten unter dem Aspekt des direkten oder indirekten Erwerbs bei Cash-Settlement-Optionen	278
	2. Nichterfassung von Cash-Settlement-Optionen bis 30.6.2007 nach klarem Wortlaut von BEHV-EBK (grammatikalische Auslegung)	280
	3. Nichterfassung von Cash-Settlement-Optionen aufgrund der Gesetzeshistorie.....	281
	4. Logisch-systematischer Kontext	281
	5. Teleologischer Aspekt.....	282
	6. Verletzung von «nulla poena sine lege»	284
	7. Verletzung des Rückwirkungsverbots	285
	8. Fazit.....	286
III.	Meldepflichten bei CFDs: Der Implenja-Fall	286
IV.	Zusammenfassung.....	288

I. Ausgangslage

Gemäss Art. 20 BEHG¹ muss derjenige, dessen Beteiligungen an einer Gesellschaft mit Sitz in der Schweiz einen bestimmten Grenzwert unter- oder überschreiten, dies der Gesellschaft und der Börse, an welcher die Beteiligungspapiere kotiert sind, melden. Damit wird der Zweck verfolgt, Transparenz mit Blick auf die Zusammensetzung des Aktionariats bei Publikumsge-

¹ Bundesgesetz vom 24. März 1995 über die Börsen und den Effektenhandel (Börsengesetz, BEHG), SR 954.1.

sellschaften zu gewährleisten.² Missachtungen der Meldepflicht werden nach Art. 41 BEHG³ mit Busse bestraft, welche bei vorsätzlichem Verhalten maximal das Doppelte des Kaufs- oder Verkaufspreises, bei Fahrlässigkeit maximal CHF 1 Million beträgt.

Art. 20 BEHG weist einige auslegungsbedürftige Tatbestandsmerkmale auf. Zu erwähnen sind in diesem Zusammenhang insbesondere das Tatbestandsmerkmal des «indirekten Erwerbs» nach Abs. 2^{bis} sowie dasjenige der «vertraglich oder auf eine andere Weise organisierten Gruppe» gemäss Abs. 3 der Bestimmung. Diese Merkmale werden durch Präzisierungen auf Verordnungsstufe⁴ sowie Mitteilungen der Finanzmarktaufsichtsbehörde⁵ verdeutlicht, wobei die entsprechenden Bestimmungen in den vergangenen Jahren mehrmals geändert worden sind.⁶ Auf die Gruppenbildung gemäss Art. 20 Abs. 3 BEHG wird in der Folge nicht eingegangen.

Das Verhältnis zwischen der generalklauselhafte Umschreibung strafrechtsrelevanter Meldepflichtverletzungen i.S. von Art. 41 i.V. mit Art. 20 BEHG und den präzisierenden Bestimmungen auf Verordnungsstufe (BEHV-EBK⁷ bzw. heute BEHV-FINMA⁸) wirft einige Fragen auf. Insbesondere stellt sich die Frage, ob vom Verordnungsgeber explizit als strafflos bezeichnete Sachverhalte auf dem Weg über Auffangtatbestände für strafbar erklärt werden können. Weiter ist zu klären, inwieweit strafrechtliche Prinzipien wie der «nulla poena»-Grundsatz und das Rückwirkungsverbot auch Anwendung finden, wenn lediglich die Ausführungsbestimmungen, nicht aber die grundlegende Strafnorm geändert haben.

Zur Veranschaulichung dieser Problemstellungen sollen nachfolgend zwei Fälle dienen, bei welchen eine Verletzung der Meldepflicht strittig war oder immer noch ist: Zum einen betrifft dies den Fall Sulzer AG, in welcher eine Meldepflicht für Optionen mit Barausgleich ohne Anspruch auf Realerfüllung (sog. «Cash-Settlement-Optionen») von der FINMA⁹ und vom Bundesverwaltungsgericht¹⁰ bejaht, nach der hier vertretenen Ansicht aber aufgrund des damals geltenden Art. 13 BEHV-EBK zumindest aus strafrechtlicher Sicht

² DIETER ZOBL/STEFAN KRAMER, Schweizerisches Kapitalmarktrecht, Zürich/Basel/Genf 2004, N 341 und unten II. 3.

³ Auf die Meldepflicht gemäss Art. 51 BEHG wird an dieser Stelle nicht eingegangen.

⁴ Verordnung vom 25. Oktober 2008 der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über die Börsen und den Effektenhandel (Börsenverordnung-FINMA, BEHV-FINMA), SR 954.193.

⁵ Zum indirekten Erwerb vgl. z.B. EBK Mitteilung Nr. 45 (2007) vom 22. Juni 2007, 2.

⁶ So ist seit Anfang 2009 anstelle der früheren Verordnung der EBK über die Börsen und den Effektenhandel vom 25. Juni 1997 heute die BEHV-FINMA in Kraft.

⁷ Verordnung vom 25. Juni 1997 der Eidgenössischen Bankenkommision über die Börsen und den Effektenhandel (Börsenverordnung-EBK, BEHV-EBK), SR 954.193, aufgehoben auf den 1. Januar 2009 (AS 2008, 6539).

⁸ Vgl. Fn. 4.

⁹ Verfügung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA vom 22. Januar 2009 in Sachen Ronny Pecik sen., Georg Stumpf, Victor F. Vekselberg und Sulzer AG, 74 ff.

¹⁰ BVGer vom 9. November 2010, B-1215/2009.

hätte verneint werden müssen. Zum anderen wird der Fall der gescheiterten Übernahme der Implenia AG durch Laxley Partners Ltd. erörtert, bei welchem mangels expliziter Regelung auf Verordnungsstufe eine Meldepflicht für sog. CFDs («Contracts for Difference») vom Bundesgericht¹¹ zu Recht allein gestützt auf die Generalklausel von Art. 41 i.V. mit Art. 20 BEHG bejaht wurde.

II. Meldepflichten bei Cash-Settlement-Optionen: Der Sulzer-Fall

Im Zusammenhang mit dem Übernahmeversuch der Sulzer AG stellen die FINMA mit Verfügung vom 22. Januar 2009 und nachfolgend das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil vom 9. November 2010¹² eine Verletzung der Meldepflicht im Zusammenhang mit dem Erwerb von sog. «Cash-Settlement-Optionen» fest. Im zu beurteilenden Fall sei beim Erwerb von derartigen Derivaten «rein formal dem Wortlaut der schweizerischen Offenlegungsregeln *prima vista* nachgelebt»,¹³ jedoch Sinn und Zweck des Offenlegungsrechts mittels indirekter Erwerbe klar unterlaufen worden.¹⁴ Da es sich bei der gewählten Strategie um eine klare Umgehung gehandelt habe, gelte der Kauf der betreffenden Derivate als indirekter Aktienerwerb i.S. von Art. 9 Abs. 3 lit. d BEHV-EBK.¹⁵

Obschon sich dies den Entscheiden nicht ausdrücklich entnehmen lässt, muss wohl von zwei den Schuldspruch tragenden und sich eigentlich widersprechenden Begründungen ausgegangen werden:

- Zum einen wird argumentiert, der Erwerb der Cash-Settlement-Optionen wäre entgegen der damaligen Fassung von Art. 13 BEHV-EBK meldepflichtig gewesen, weil die soeben erwähnte Norm in rechtsmissbräuchlicher Weise umgangen worden sei. Dies habe zur Folge gehabt, dass die Auffangtatbestände von Art. 20 BEHG und Art. 9 BEHV-EBK zur Anwendung gebracht werden müssten.¹⁶ Als eine der Konsequenzen dieses Falles wurde Art. 13 BEHV-EBK revidiert und der Passus «soweit diese eine Realerfüllung vorsehen oder zulassen» gestrichen, was bedeutete,

¹¹ BGE 136 II 304.

¹² BVGer vom 9. November 2010, B-1215/2009, Erw. 10 ff.

¹³ Verfügung der FINMA (Fn. 9), 74.

¹⁴ Verfügung der FINMA (Fn. 9), 74.

¹⁵ Verfügung der FINMA (Fn. 9), 75; vgl. auch Vernehmlassung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA zu Handen des Bundesverwaltungsgerichts vom 6. Mai 2005, Geschäftsnummer B-1215/2009, 11 und BVGer vom 9. November 2010, B-1215/2009, Erw. 11.4.

¹⁶ Vgl. Vernehmlassung der FINMA (Fn. 15), 11 ff.

dass ab dem 1. Juli 2007 (neu¹⁷) insbesondere die Cash-Settlement-Optionen meldepflichtig waren.

- Zum andern gingen FINMA und Bundesverwaltungsgericht in ihren Ausführungen von einer Vereinbarung aus, gemäss welcher die Stimmrechte von Aktien aufgrund der vorhandenen Kontrollmöglichkeit dem Inhaber der auf Barausgleich lautenden Optionen zuzurechnen waren, weil es möglich war, durch Rückkauf und Neuausgabe an den Emittenten während der Laufzeit von «cash» in physikalisches Settlement zu «wechseln» bzw. zu «wandeln».¹⁸ Die zur Realerfüllung notwendigen Optionen waren hierbei als Hedgeposition zu den zuvor ausgegebenen Cash-Settlement-Optionen bereits von den emittierenden Banken aufgebaut worden.¹⁹ Nach dieser Betrachtungsweise wäre Art. 13 BEHV-EBK nicht anwendbar gewesen und hätte folglich auch nicht umgangen werden müssen.

Im Laufe des Verfahrens rückte zunehmend die letztgenannte Argumentationslinie in den Vordergrund. Die erstgenannte Ansicht, es lägen Cash-Settlement-Optionen vor, welche als rechtsmissbräuchliche Umgehungsgeschäfte bereits vor der Gesetzesreform erfasst gewesen seien, wurde jedoch nie aufgegeben²⁰ und muss entsprechend ebenfalls als entscheidungsrelevant betrachtet werden. In der Folge wird ausschliesslich diese ursprünglich im Vordergrund stehende Begründung weiterverfolgt, bei welcher vom Vorliegen von Cash-Settlement-Optionen ausgegangen wird. Wie nachfolgend zu zeigen sein wird, gehen FINMA und Bundesverwaltungsgericht mit dieser ersten Argumentation in zumindest aus strafrechtlicher Sicht nicht unproblematischer Weise davon aus, dass die Generalklauseln bzw. Auffangtatbestände von Art. 20 BEHG und Art. 9 BEHV-EBK der Spezialbestimmung von Art. 13 BEHV-EBK vorgehen bzw. dass die letztgenannte Bestimmung zufolge rechtsmissbräuchlicher Umgehung gesetzmässiger Meldepflichten keine Anwendung finden soll.

1. Die Umschreibung der Meldepflichten unter dem Aspekt des direkten oder indirekten Erwerbs bei Cash-Settlement-Optionen

Art. 20 Abs. 1 BEHG regelt die Meldepflicht mit Blick auf den direkten oder indirekten Erwerb oder eine entsprechende Veräusserung (Abs. 1) sowie bei Konstellationen, welche dem Erwerb und der Veräusserung gleichgestellt

¹⁷ Im Gegensatz dazu scheint BVGer vom 9. November 2010, B-1215/2009, Erw. 12 jedoch davon auszugehen, «dass derivative Handelsformen wie Barausgleichsoptionen, die zu einer Realerfüllung führen, ohne aber allenfalls eine rechtliche Erzwingbarkeit zu verschaffen», bereits vor der Gesetzesnovelle erfasst werden konnten.

¹⁸ Vgl. die Sachverhaltsschilderung in der Verfügung der FINMA (Fn. 9), 25, 75 f. und BVGer vom 9. November 2010, B-1215/2009, Erw. 11.

¹⁹ Vgl. dazu BVGer vom 9. November 2010, B-1215/2009, Erw. 11.3.

²⁰ BVGer vom 9. November 2010, B-1215/2009, Erw. 12, Vernehmlassung der FINMA (Fn. 15), 10 ff.

werden (Abs. 2). Als indirekter Erwerb gelten sodann nach Art. 20 Abs. 2^{bis} BEHG «namentlich auch Geschäfte mit Finanzinstrumenten, die es wirtschaftlich ermöglichen, Beteiligungspapiere im Hinblick auf ein öffentliches Kaufangebot zu erwerben».

Die Meldepflichten sind jedoch nicht nur in Art. 20 BEHG, sondern überdies in Art. 9 ff. BEHV-FINMA umschrieben. In Art. 9 Abs. 1 BEHV-FINMA wird festgehalten, dass der wirtschaftlich Berechtigte an direkt oder indirekt erworbenen oder veräusserten Beteiligungspapieren meldepflichtig sei, wenn durch seinen Erwerb oder seine Veräusserung die Grenzwerte von Artikel 20 Absatz 1 des BEHG erreicht, über- oder unterschritten würden. Dazu werden in Art. 9 Abs. 3 BEHV-FINMA drei Konstellationen indirekten Erwerbs bzw. indirekter Veräusserung angeführt und es wird überdies statuiert, dass «alle anderen Vorgänge, die im Ergebnis das Stimmrecht über die Beteiligungspapiere vermitteln können, ausgenommen die Erteilung von Vollmachten ausschliesslich zur Vertretung an einer Generalversammlung» als Anwendungsfälle indirekten Erwerbs zu erachten seien. Schliesslich folgen in den Art. 11 ff. BEHV-FINMA weitere Präzisierungen zur Auslösung und Entstehung der Meldepflicht sowie Bestimmungen zur Berechnung der Grenzwerte.

Die einzelnen Fallkonstellationen wurden im Verlaufe der Zeit teilweise neu formuliert: So hiess es in Art. 13 Abs. 1 lit. a BEHV-EBK bis zum 30. Juni 2007²¹ noch, der Erwerb und die Veräusserung von Wandel- und Erwerbsrechten (insbesondere Call-Optionen) fielen unter die Meldepflicht, «soweit diese eine Realerfüllung vorsehen oder zulassen». E contrario waren Cash-Settlement-Optionen (Optionen mit Barausgleich, d.h. ohne Realerfüllung) damals explizit von der Meldepflicht ausgenommen.²² Erst mit der Revision der BEHV-EBK vom 23. Mai 2007, welche am 1. Juli 2007 in Kraft trat, ist der Passus «soweit diese eine Realerfüllung vorsehen oder zulassen» – wie bereits erwähnt – gestrichen worden, womit vorübergehend – allerdings ohne hinreichende Gesetzesgrundlage²³ – auch bezüglich Cash-Settlement-Optionen eine umfassende Meldepflicht statuiert worden war. Mit Inkrafttreten von Art. 15 Abs. 1 lit. a BEHV-FINMA kehrte der Gesetzgeber sodann teilweise wieder zur ursprünglichen Fassung zurück, wobei aufgrund der neu ins Gesetz eingefügten Präzisierung von Art. 20 Abs. 2^{bis} BEHG und deren Ergänzung in Art. 15 Abs. 2 BEHV-FINMA eine Meldepflicht für Cash-Settlement-Optionen nach geltender Rechtslage zumindest dann besteht, wenn diese es der berechtigten Person u.a. ermöglichen, Beteiligungspapiere

²¹ AS 1997, 2045 ff.

²² Ebenso HANS CASPAR VON DER CRONE/EVA BILEK/MATTHIAS HIRSCHLE, Neuerungen im Offenlegungsrecht, SZW 1/2008, 10.

²³ Eine entsprechende Gesetzesgrundlage für die (teilweise) Erfassung von Cash-Settlement-Optionen wurde aber mit Inkrafttreten von Art. 20 Abs. 2^{bis} am 1. Dezember 2007 geschaffen, vgl. VON DER CRONE/BILEK/HIRSCHLE (Fn. 22), 10.

im Hinblick auf ein öffentliches Kaufangebot zu erwerben bzw. zu veräussern.²⁴

Daraus ergibt sich, dass die Verbotsmaterie mit Bezug auf den direkten bzw. indirekten Erwerb bzw. der entsprechenden Veräusserung sowohl in Art. 20 BEHG wie auch in Art. 9 ff. BEHV-FINMA einerseits durch Umschreibung einzelner typisierter Konstellationen sowie andererseits durch Generalklauseln normiert ist.

2. Nichterfassung von Cash-Settlement-Optionen bis 30.6.2007 nach klarem Wortlaut von BEHV-EBK (grammatikalische Auslegung)

Ausgangspunkt der Auslegung ist der Wortlaut der Norm.²⁵ Dieser ist gemäss bundesgerichtlicher Praxis jedenfalls dann massgebend, wenn sich daraus zweifelsfrei eine sachlich richtige Lösung ergibt.²⁶

Der Wortlaut von Art. 13 Abs. 1 lit. a BEHV-EBK stellte bis zum 30. Juni 2007²⁷ lediglich Erwerb und Veräusserung von Wandel- und Erwerbsrechten (insbesondere Call-Optionen) unter die Meldepflicht, welche «eine Realerfüllung vorsehen oder zulassen». E contrario waren bis zu diesem Datum – zumindest gemäss der eindeutigen Umschreibung der Ver- bzw. Gebotsmaterie auf Verordnungsstufe und einhelliger Lehrmeinung²⁸ – Cash-Settlement-Optionen (Optionen mit Barausgleich, d.h. ohne Realerfüllung) von der Meldepflicht ausgenommen. Sie wurden erst mit der Streichung des erwähnten Passus der Meldepflicht unterstellt.

Entgegen der Auffassung von FINMA und Bundesverwaltungsgericht im Sulzer-Fall konnte eine Meldepflicht auch nicht aus Art. 9 Abs. 3 lit. d BEHV-EBK abgeleitet werden, da diese Bestimmung nur Meldepflichten für Erwerbe vorsah, die Stimmrechte vermittelten oder vermitteln konnten. Im Gegensatz dazu räumen Cash-Settlement-Optionen dem Optionsberechtigten bei Ausübung des Optionsrechts lediglich Anspruch auf Auszahlung einer allfälligen positiven Differenz zwischen Ausübungspreis und Aktienkurs zum Ausübungszeitpunkt ein.²⁹ Wie die FINMA selbst feststellte, erfasste der Wortlaut von Art. 9 Abs. 3 lit. d BEHV-EBK Cash-Settlement-Optionen damit gerade nicht. Stattdessen wurde argumentiert, das fragliche Verhalten sei

²⁴ Vgl. auch VON DER CRONE/BILEK/HIRSCHLE (Fn. 22), 4, 10.

²⁵ BGE 114 Ia 25, 28; BGE 128 IV 274.

²⁶ BGE 110 Ib 8; BGE 128 IV 272, 274; BGE 131 IV 16; BGE 131 IV 64, 76.

²⁷ Vgl. zur früheren Fassung AS 1997, 2045 ff. und die auf 1. Juli 2007 in Kraft gesetzten Änderungen der BEHV-EBK, AS 2007, 2953.

²⁸ So auch die Auffassung der EBK (heute FINMA) selbst im Erläuterungsbericht zur Anhörung der BEHV-FINMA von Juni/Juli 2008, Ziff. 3.4.4; Vgl. dazu auch VON DER CRONE/BILEK/HIRSCHLE (Fn. 22), 10.

²⁹ Vgl. dazu VON DER CRONE/BILEK/HIRSCHLE (Fn. 22), 10.

nach «Sinn und Zweck des Offenlegungsrechts» als «klare Umgehung» zu qualifizieren.³⁰

Der Sache nach stützten sich damit sowohl die FINMA als auch das Bundesverwaltungsgericht nicht mehr auf den Wortlaut von Art. 9 Abs. 3 lit. d BEHV-EBK, sondern auf «Sinn und Zweck des Offenlegungsrechts», welcher sich insbesondere aus der generalklauselhaften Umschreibung meldepflichtiger Vorgänge in Art. 20 Abs. 1 BEHG a.F. ergab.³¹ Wenn Cash-Settlement-Optionen somit nicht vom Wortlaut von BEHG und BEHV-EBK erfasst werden konnten, stellt sich die Frage, ob Sinn und Zweck des BEHG allenfalls eine «berichtigende Auslegung»³² nahe legen. Eine solche ist zulässig, wenn triftige Gründe dafür bestehen, dass die betreffende Formulierung nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt. Anhaltspunkte hierzu können sich aus den Materialien, aus dem logisch-systematischen Kontext oder aus dem Sinn und Zweck der Bestimmung, aus den Wertentscheidungen, auf welchen sie beruht, ergeben.³³

3. Nichterfassung von Cash-Settlement-Optionen aufgrund der Gesetzeshistorie

Aus historischer Sicht lässt sich der Botschaft des Bundesrates zum Börsengesetz³⁴ zum Thema Funktionsschutz entnehmen, dass es für die reibungslose Abwicklung der Transaktionen und die effiziente Preisbildung einer ausreichenden Transparenz bedürfe.³⁵ Der Funktions- und Anlegerschutz seien der Grund für die Offenlegung von Beteiligungen an kotierten Gesellschaften.³⁶ Ziel der Offenlegungs- und Meldevorschriften ist damit die Erhöhung der Markttransparenz. Zu Art. 9 sowie 13 BEHV-EBK sowie insbesondere zu deren gegenseitigem Verhältnis lassen sich den Materialien aber jedenfalls mit Bezug auf Cash-Settlement-Optionen keine Hinweise entnehmen.

4. Logisch-systematischer Kontext

Gestützt auf eine entsprechende Delegation in Art. 20 Abs. 5 BEHG hatte die EBK in Art. 9 ff. BEHV-EBK unter dem Titel «Offenlegung von Beteiligungen, 1. Abschnitt: Meldepflicht» die Meldepflicht i.S. von Art. 20 BEHG

³⁰ Vgl. Verfügung der FINMA (Fn. 9), 74 f.

³¹ Verfügung der FINMA (Fn. 9), 75 f.; vgl. auch Vernehmlassung der FINMA (Fn. 15), 11 und BVGer vom 9. November 2010, B-1215/2009, Erw. 12.

³² Vgl. zur Zulässigkeit «berichtigender Auslegungen» im Strafrecht BGE 127 IV 198, 201 ff.

³³ BGE 102 IV 153, 155; BGE 106 Ia 206, 211; BGE 110 Ib 1, 8; BGE 113 Ia 12, 14 f.; BGE 127 IV 198, 200; BGE 128 IV 272, 274; BGE 129 IV 329, 334.

³⁴ Botschaft zu einem Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel (Börsengesetz, BEHG) vom 24. Februar, BBl 1993 I 1369 ff.

³⁵ Botschaft (Fn. 34), 1382 ff.

³⁶ Botschaft (Fn. 34), 1381 f.

konkretisiert. Während der Grundsatz der Meldepflicht in Art. 9 BEHV-EBK festgehalten ist und in genereller Weise die Verbots- bzw. Gebotsmaterie umschreibt, präzisieren die Art. 10 ff. die Meldepflichten. Entsprechend ist Art. 9 BEHV-EBK im Kontext zu Art. 13 BEHV-EBK auszulegen.

Art. 20 BEHG stellt folglich die Grundlage für die BEHV-EBK dar, welche wiederum in Art. 9 Abs. 3 lit. c BEHV-EBK eine umfassende Meldepflicht von Vorgängen statuiert, «die im Ergebnis das Stimmrecht über die Beteiligungspapiere vermitteln können». In den anschliessenden Bestimmungen der BEHV-EBK werden die Offenlegungspflichten sodann weiter präzisiert, u.a. in Art. 13 BEHV-EBK, in dessen Abs. 1 lit. a eindeutig und klar festgehalten wird, dass Optionen mit Barausgleich, welche also keine Realerfüllung kennen, d.h. Cash-Settlement-Optionen, nicht meldepflichtig sind. Somit folgt aus der Beurteilung des logisch-systematischen Zusammenhangs, in welchem Art. 13 BEHV-EBK steht, dass es sich bei dieser Norm auch aus strafrechtlicher Sicht um eine *lex specialis* zu Art. 9 BEHV-EBK handelt und letztgenannter Artikel somit aus logisch-systematischer Sicht ungeeignet erscheint, Cash-Settlement-Optionen einer Meldepflicht zu unterstellen. Dieses Auslegungsergebnis steht im Gegensatz zur Auffassung der FINMA, welche in Art. 9 Abs. 3 lit. d BEHV-EBK einen allgemeinen Auffangtatbestand für jegliche Art rechtsmissbräuchlicher Umgehung von Offenlegungspflichten erblicken wollte.³⁷

5. Teleologischer Aspekt

Wie bereits erwähnt stützte sich die FINMA in ihrer Verfügung im Fall Sulzer nicht auf den Wortlaut der BEHV-EBK, sondern auf «Sinn und Zweck des Offenlegungsrechts». Wie die historische Auslegung bereits gezeigt hat, besteht das Ziel der Meldepflichten in der Schaffung von Transparenz im Kapitalmarkt zu Gunsten von Anleger und Gesellschaft und der Möglichkeit, einen verdeckten Erwerb von massgeblichen Beteiligungen zu verhindern oder allfällige Übernahmeabsichten frühzeitig zu erkennen.

Unzweifelhaft hätte dieses Ziel von allem Anfang an auch erreicht werden können, wenn Optionen mit Barausgleich, welche keine Realerfüllung kennen, der Meldepflicht unterstellt worden wären. Die blosse Strafwürdigkeit eines Verhaltens ist aber vom Strafzweck zu unterscheiden und bildet für sich alleine genommen nie ausreichende Grundlage für eine tatbestandliche Erfassung.³⁸ Der Erlass der BEHV-EBK wurde gerade auch wegen der hohen Sachkompetenz der EBK – heute FINMA – an dieselbe delegiert. Entsprechend darf angenommen werden, dass deren Entscheid, Optionen mit Baraus-

³⁷ Vgl. Verfügung der FINMA (Fn. 9), 64. Vgl. auch in etwas abgeschwächter Form BVGer vom 9. November 2010, B-1215/2009, Erw. 10 ff.

³⁸ BGE 127 IV 198, 200; BGE 131 IV 11, 15 f.; vgl. auch BGE 124 IV 106, 109 und BGE 129 IV 81, 90 f.

gleich, welche keine Realerfüllung kennen, mithin Cash-Settlement-Optionen, ausdrücklich von der Meldepflicht auszunehmen, Ergebnis einer wohl überlegten Interessenabwägung gewesen sein dürfte: Der Halbsatz «soweit diese eine Realerfüllung vorsehen oder zulassen» kann nicht ohne Bedacht hinzugefügt worden sein,³⁹ weshalb auch nicht argumentiert werden kann, der Verordnungsgeber habe an sich eine andere Regelung treffen wollen, diese Intention aber nur ungenügend zum Ausdruck gebracht.

Ebensowenig kann aus der Streichung des Halbsatzes im Rahmen der am 1. Juli 2007 in Kraft getretenen Revision der BEHV-EBK abgeleitet werden, dass die ursprüngliche Regelung von Beginn weg den damaligen Intentionen des Gesetzgebers widersprochen hätte. Vielmehr hat die EBK unter Würdigung aller Umstände und Entwicklungen das Interesse an Transparenz im Falle von Cash-Settlement-Optionen neu⁴⁰ höher gewichtet als das Interesse an einer freien Teilnahme am Kapitalmarkt und gestützt auf diese Neubewertung die Norm revidiert.⁴¹

³⁹ Anders hingegen in BGE 127 IV 198, 201 ff., wo der vom Gesetzgeber zu einschränkend formulierte Art. 189 StGB (sexuelle Nötigung) in «berichtigender Auslegung» nach Sinn und Zweck der Bestimmung auf Nötigungen zur Vornahme (und nicht bloss Duldung) sexueller Handlungen ausgeweitet wurde, da – anders als in casu – die Gesetzesmaterialien auf ein eindeutiges Versehen des Gesetzgebers hindeuteten.

⁴⁰ Im Gegensatz dazu sieht das Bundesverwaltungsgericht in der Gesetzesrevision keine materielle Neubeurteilung, sondern lediglich eine Klarstellung einer bereits zuvor Geltung beanspruchenden Gesetzeslage (vgl. BVGer vom 9. November 2010, B-1215/2009, Erw. 12).

⁴¹ Die vorliegende Konstellation ist mit derjenigen vergleichbar, wie sie sich dem Richter bei der Auslegung des Tatbestands von Art. 141^{bis} StGB stellte. Dieser Tatbestand erfasst die unrechtmässige Verwendung von Vermögenswerten, die dem Täter ohne seinen Willen zugekommen sind. Nicht ohne seinen Willen sind einer Person folglich Vermögenswerte zugekommen, wenn er die irrtümliche Gutschrift derselben durch Täuschung veranlasst hat. In der Lehre ist mehrfach darauf hingewiesen worden, dass eigentlich nicht der Wille des Täters, sondern der Wille desjenigen im Vordergrund stehen müsste, der die Verfügung veranlasst hat (URSULA CASSANI, Die Anwendbarkeit des schweizerischen Strafrechts auf internationale Wirtschaftsdelikte [Art. 3-7 StGB], ZStrR 114 [1996] 252, insbesondere Fn. 73; FELIX BOMMER, Grenzen des strafrechtlichen Vermögensschutzes bei rechts- und sittenwidrigen Geschäften, Abhandlungen zum schweizerischen Recht NF, Bd. 572, 252 ff.; ANDREAS DONATSCH, Strafrecht III, Delikte gegen den Einzelnen, 9. Aufl., Zürich 2008, 166 f.; MARCEL ALEXANDER NIGGLI, Unrechtmässige Verwendung von Vermögenswerten [Art. 141^{bis} StGB], Urteilsanmerkung, AJP 7 [1998] 118 ff.; DER., in: Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II, Art. 111-392 StGB, 2. Aufl., Basel 2007, Art. 141^{bis} N 16; GÜNTER STRATENWERTH/GUIDO JENNY/ FELIX BOMMER, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I: Straftaten gegen Individualinteressen, 7. Aufl., Bern 2010, § 14 N 12 ff., insbesondere Fn. 15; STEFAN TRECHSEL/ DEAN CRAMER, in: Stefan Trechsel et al. (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2008, Art. 141^{bis} N 3; vgl. auch BGE 123 IV 128; BGE 126 IV 161, 163 f.). Somit ist bei Art. 141^{bis} StGB davon ausgegangen worden, dass Sinn und Zweck dieser Bestimmung nicht mit deren Wortlaut übereinstimmen. Trotzdem hat es das Bundesgericht richtigerweise abgelehnt, Art. 141^{bis} StGB auf Konstellationen anzuwenden, in welchen der Vermögenswert dem Dritten mit dessen Willen gutgeschrieben wurde. In der Folge hat der Gesetzgeber die Revision von Art. 141^{bis} StGB anhandgenommen (vgl. die Zusammenfassung der Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens über den Bericht und den Vorentwurf betreffend Unrechtmässiger Verwendung von Vermögenswerten der Kommis-

6. Verletzung von «nulla poena sine lege»

Der Grundsatz von «nulla poena sine lege» (Art. 1 StGB, Art. 7 Abs. 1 EMRK, Art. 5 Abs. 1 und 164 BV⁴²) verbietet es, ein Verhalten zu bestrafen, welches sich nicht unter einen Tatbestand des materiellen Strafrechts subsumieren lässt bzw. den Anwendungsbereich einer Strafnorm über die durch Auslegung ermittelten Grenzen ausdehnt. Er gilt gestützt auf die genannten konventions- und verfassungsrechtlichen Grundlagen und Art. 333 Abs. 1 StGB unbestrittener Masses auch für die nebenstrafrechtlichen Bestimmungen des BEHG.

Als Teilprinzipien enthält der «nulla poena»-Grundsatz die Grundsätze von «nulla poena sine lege *certa*» und «nulla poena sine lege *scripta*»: Demnach muss das indiskriminierte Verhalten ausreichend bestimmt in einem Gesetz umschrieben sein. Ausreichend bestimmt erscheint eine Strafnorm nach Praxis von EGMR⁴³ und Bundesgericht,⁴⁴ wenn deren Auslegung im konkreten Fall nicht unvorhersehbar erscheint, der Adressat damit sein Verhalten danach richten und Verhaltensfolgen mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen kann.⁴⁵ Das Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage («nulla poena sine lege *scripta*») verlangt jedoch lediglich, Grundzüge des strafbaren Verhaltens in einem Gesetz im formellen Sinne zu umschreiben, schliesst aber Konkretisierungen auf Verordnungsstufe oder gar durch Lehre und Gerichtspraxis nicht aus. Unzulässig ist aber die Ausdehnung des Normanwendungsbereichs zum Nachteil des potenziellen Täters

sion für Rechtsfragen des Nationalrats vom April 2010, <http://www.parlament.ch/d/dokumentation/berichte/vernehmlassungen/05-412/Documents/bericht-vernehmlassung-d.pdf>.

⁴² Inwieweit der Grundsatz auch verfassungsrechtlichen Charakter aufweist, ist umstritten, kann nach hier vertretener Auffassung jedoch sowohl aus den angeführten Art. 5 Abs. 1 und Art. 164 Abs. 1 lit. c BV, als auch aus Art. 29 Abs. 1 und Art. 32 Abs. 1 BV (ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, N 829) und Art. 7 Abs. 1 EMRK (JOCHEN A. FROWEIN/ WOLFGANG PEUKERT, Europäische MenschenRechtsKonvention, EMRK-Kommentar, 3. Aufl., Kehl am Rhein, Art. 7 N 2 ff.; WALTER GOLLWITZER, Menschenrechte im Strafverfahren, MRK und IPBPR, Kommentar, MRK Art. 7 N 1) abgeleitet werden.

⁴³ Vgl. EGMR vom 10. Oktober 2006, Pessino c. Frankreich, Nr. 40403/02, Ziff. 30: «La tâche qui incombe à la Cour est donc de s'assurer que, au moment où un accusé a commis l'acte qui a donné lieu aux poursuites et à la condamnation, il existait une disposition légale rendant l'acte punissable et que la peine imposée n'a pas excédé les limites fixées par cette disposition»; EGMR vom 19. September 2008, Korbely c. Ungarn, Nr. 9174/02, Ziff. 70 ff.

⁴⁴ So soll gemäss BGE 125 IV 35, 48 Art. 46 Abs. 1 lit. c BankG a.F. keine ausreichend bestimmte Strafnorm sein, um auch eine Überschreitung des stratarisch umschriebenen Geschäftskreises zu erfassen; vgl. dazu auch BGE 122 IV 270, 276 f.; BGE 129 IV 348, 351 f.; BGE 132 IV 76, 86 f.

⁴⁵ BGE 112 Ia 107, 113; BGE 117 Ia 472, 480; BGE 119 IV 242, 244; BGE 125 IV 35, 48; ANDREAS DONATSCH/BRIGITTE TAG, Strafrecht I, Verbrechenslehre, 8. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2006, 30; STEFAN TRECHSEL/MARC JEAN-RICHARD-DIT-BRESSSEL, in: Stefan Trechsel et al. (Fn. 41), Art. 1 N 3; KURT SEELMANN, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Basel 2007, 28; GÜNTER STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 3. Aufl., Bern 2005, § 4 N 11.

durch Analogie⁴⁶ oder aufgrund der blossen Strafwürdigkeit eines formal nicht tatbestandsmässigen Verhaltens.

Da Art. 13 BEHV-EBK bis Ende Juni 2007 Meldepflichten für Cash-Settlement-Optionen ausschloss und ein Rückgriff auf die Generalklauseln von Art. 20 BEHG respektive Art. 9 BEHV-EBK nach grammatikalischer, historischer und systematischer Auslegung nicht zulässig erscheint, würden die Verantwortlichen im Fall Sulzer – zumindest nach dem Willen von FINMA und Bundesverwaltungsgericht – für eine zum Handlungszeitpunkt nicht strafbare Tat bestraft. Im Lichte dieser Überlegungen unvertretbar erscheint insbesondere auch die von EBK und FINMA vertretene Auffassung, wonach bereits jeder gesetzgeberisch nicht erfasste «bösgläubige Einsatz von Finanzinstrumenten irgendwelcher Art und Struktur» als rechtsmissbräuchliche Umgehung von Meldepflichten sanktioniert werden könnte.⁴⁷ Entsprechend widerspricht die von der FINMA und in etwas abgeschwächter Form auch noch vom Bundesverwaltungsgericht im Sulzer-Fall vertretene Auffassung, dass in casu Cash-Settlement-Optionen als klare Umgehung ausnahmsweise von der Meldepflicht zu erfassen seien, dem Analogieverbot und dem Grundsatz von «nulla poena sine lege certa».

Ferner erscheint es ohnehin fraglich, ob bis zur Inkraftsetzung von Art. 20 Abs. 2^{bis} BEHG überhaupt eine ausreichende *Gesetzesgrundlage* für die Auflegung von Meldepflichten bezüglich Cash-Settlement-Optionen bestand.⁴⁸ Wird diese Frage verneint, wäre eine Meldepflicht bereits unabhängig vom Wortlaut von Art. 9 und 13 BEHV-EBK zu verneinen gewesen.

7. Verletzung des Rückwirkungsverbots

Zum «nulla poena»-Grundsatz gehört auch das aus Art. 7 Abs. 1 EMRK, Art. 15 Ziff. 1 Satz 2 IPBPR und Art. 2 Abs. 2 StGB abgeleitete Rückwirkungsverbot, wonach rückwirkende Gesetzesänderungen grundsätzlich nur zulässig sind, sofern die neuen Bestimmungen milder erscheinen.⁴⁹ Wie dargelegt

⁴⁶ FROWEIN/PEUKERT (Fn. 42), Art. 7 N 2; GOLLWITZER (Fn. 42), Art. 7 N 1; MARK E. VIL-LIGER, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), 2. Aufl., Zürich 1999, N 533 ff.

⁴⁷ Vgl. den Erläuterungsbericht der EBK zur Anhörung der BEHV-FINMA vom Juni 2008, http://www.finma.ch/archiv/ebk/d/regulier/konsultationen/20080620_03_d.pdf, Ziff. 3.4.4. und Verfügung der FINMA (Fn. 9), 64, 74 f., 84. Ähnlich in etwas abgeschwächter Form auch BVGer vom 9. November 2010, B-1215/2009, Erw. 12.

⁴⁸ In diesem Sinne VON DER CRONE/BILEK/HIRSCHLE (Fn. 22), 10.

⁴⁹ Eine Ausnahme erfährt der Grundsatz des Rückwirkungsverbots gemäss Art. 7 Ziff. 2 EMRK und Art. 15 Ziff. 2 IPBPR lediglich in solchen Fällen, in welchen die betreffende Handlung im Tatzeitpunkt «nach den von den zivilisierten Völkern» bzw. «nach den von der Völkergemeinschaft anerkannten allgemeinen Rechtsgrundsätzen» strafbar war. Der Anlass für die soeben umschriebene Ausnahmeregelung bestand in der Absicherung der Prozesse, welche die Siegermächte gegen Kriegsverbrecher nach dem Zweiten Weltkrieg durchgeführt hatten, was u.a. im Rahmen der Nürnberger Prozesse der Fall war (GOLLWITZER, Kommentar [Fn. 42], Art. 7 N 16; vgl. auch EGMR vom 10. Oktober 2006, Pessi-

werden konnte, wurden Cash-Settlement-Optionen erst nachträglich durch die Änderung der Ausführungsvorschriften zum BEHG der Meldepflicht unterstellt.⁵⁰ Das Besondere an dieser Konstellation war, dass die Strafbestimmung selbst (Art. 41 BEHG) keinerlei Veränderung erfahren hat. Da Art. 41 BEHG jedoch in Verbindung mit Art. 20 BEHG und den Ausführungsbestimmungen der (damals geltenden) BEHV-EBK zu sehen ist, ist mit der Revision von Art. 13 BEHV-EBK dennoch auch mittelbar die Strafnorm verändert worden und ein Rückwirkungsproblem entstanden. Die Neufassung der strafrelevanten Meldepflichten durch die Revision von Art. 13 BEHV-EBK darf somit nicht rückwirkend auf Verhaltensweisen angewendet werden, die sich vor dem Inkrafttreten der Revision am 1. Juli 2007 zugetragen haben.

8. Fazit

Als Ergebnis der Auslegung lässt sich festhalten, dass Optionen mit Barausgleich, welche keine Realerfüllung kennen, mithin Cash-Settlement-Optionen, nach Art. 13 Abs. 1 lit. a BEHV-EBK vor dem 1. Juli 2007 nicht meldepflichtig waren. Nachdem es sich bei Art. 13 BEHV-EBK um eine *lex specialis* im Verhältnis zu Art. 9 BEHV-EBK handelt, kann zumindest aus strafrechtlicher Sicht und entgegen der Annahme von FINMA und Bundesverwaltungsgericht weder Art. 9 Abs. 3 lit. d BEHV-EBK noch Art. 20 BEHG Grundlage für Meldepflichten bei Cash-Settlement-Optionen bilden. Da der Verordnungsgeber zur Frage der Meldepflicht von Cash-Settlement-Optionen legiferiert und damit bereits eine umfassende Interessensabwägung vorgenommen hat, erscheint der Rückgriff auf die genannten Generalklauseln unzulässig. Entsprechend unterstanden Cash-Settlement-Optionen zumindest nach damals geltender Rechtslage nicht der Meldepflicht.

III. Meldepflichten bei CFDs: Der Implenja-Fall

Beim gescheiterten Übernahmeversuch der Implenja AG durch Laxey Partners Ltd. stellte sich die Frage, inwieweit sog. «contracts for difference» (CFDs) von der börsenrechtlichen Meldepflicht erfasst sein sollten. Ähnlich wie die FINMA und das Bundesverwaltungsgericht im Fall Sulzer stützte das Bundesgericht die Verurteilung wegen Verletzung der Meldepflicht auf die Generalklausel von Art. 20 BEHG a.F.⁵¹ Der fundamentale Unterschied zum

no c. Frankreich, Nr. 40403/02, Ziff. 35 f.; EGMR vom 22. März 2001, Streletz, Kessler und Krenz c. Deutschland, Nr. 34044/96, Ziff. 50 ff.; EGMR vom 19. September 2008, Korbely c. Ungarn, Nr. 9174/02, Ziff. 69. In casu ist ein solcher Fall offensichtlich nicht gegeben.

⁵⁰ A.M. aber offenbar die Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts, vgl. BVGer vom 9. November 2010, B-1215/2009, Erw. 12.

⁵¹ BGE 136 II 304, 322.

Sulzer-Fall lag jedoch darin, dass die Meldepflicht für CFDs bis zum 1.12.2007 – und damit zum Zeitpunkt der relevanten Vorfälle – überhaupt nicht geregelt war, der Verordnungsgeber somit noch gar nicht legiferiert hatte: Im Gegensatz zu den Cash-Settlement-Optionen enthielten weder der Gesetzeswortlaut des damaligen Art. 20 BEHG noch die entsprechenden Ausführungsbestimmungen in der BEHV-EBK eine explizite Regelung zur Meldepflicht.⁵² Eine solche ist erst auf den 1. Dezember 2007 und unter dem Eindruck des Implemia-Falls mit der Inkraftsetzung von Art. 20 Abs. 2^{bis} BEHG und Art. 15 Abs. 1 lit. c BEHV-FINMA geschaffen worden. Während im Sulzer-Fall der Verordnungsgeber durchaus Stellung bezogen und Meldepflichten für Cash-Settlement-Optionen ausgeschlossen hat, fehlte im Implemia-Fall vorerst eine derartige Stellungnahme.

Da der Verordnungsgeber im massgebenden Zeitpunkt (noch) nicht legiferiert hatte, erscheint es zulässig, den Umfang von Meldepflichten anhand von Generalklauseln wie Art. 20 Abs. 1 BEHG a.F. und Art. 9 BEHV-EBK zu bestimmen: Wie bereits erwähnt wurde, schliesst das Erfordernis einer ausreichend bestimmten Gesetzesgrundlage Konkretisierungen auf Verordnungsstufe oder gar durch Lehre und Gerichtspraxis nicht aus. Im Börsenrecht ist dabei zu berücksichtigen, dass es aufgrund des Auftauchens immer neuer Finanzinstrumente selbst für den Verordnungsgeber schwierig ist, alle strafrechtlich relevanten Vorgänge durch explizite Regelungen festzuhalten. Der Gesetzgeber ist deshalb gezwungen, auf weit formulierte Auffangtatbestände und Generalklauseln zurückzugreifen.⁵³ Gerade CFDs spielten im schweizerischen Markt zunächst keine Rolle, weshalb sich der Verordnungsgeber auch nicht sogleich veranlasst sehen musste, diese explizit zu erfassen.

Die aus der lediglich generalklauselhafte Umschreibung resultierende Unsicherheit wird im Börsenrecht zudem dadurch gemildert, dass einerseits in Art. 20 Abs. 6 BEHG den Betroffenen die Möglichkeit eingeräumt wird, einen Vorabentscheid der Aufsichtsbehörde⁵⁴ einzuholen⁵⁵ und dass andererseits offen formulierte Gesetzesmerkmale durch entsprechende Mitteilungen der Aufsichtsbehörden laufend präzisiert werden.⁵⁶ Im Lichte dieser Möglichkeiten erscheint die Generalklausel von Art. 20 Abs. 1 BEHG a.F. ausrei-

⁵² Insbesondere war Art. 13 BEHV-EBK nicht anwendbar, da CFDs nicht mit Optionen gleichzusetzen sind, vgl. BVGer vom 18.12.2008, B-2775/2008, Erw. 7.

⁵³ Vgl. BGE 136 II 304, 324.

⁵⁴ Aufsichtsbehörde war bis Ende 2008 die EBK, heute führt die FINMA Aufsicht.

⁵⁵ Vgl. BGE 136 II 304, 325.

⁵⁶ Zum indirekten Erwerb vgl. z.B. EBK Mitteilung Nr. 45 (2007) vom 22. Juni 2007, 2. Mitteilungen und Vorabentscheide der Aufsichtsbehörde vermögen aber keineswegs eine Normierung zu ersetzen, weshalb eine im Widerspruch zur Gesetzes- und Verordnungslage stehende Rechtsauffassung der FINMA (bzw. EBK) unbeachtlich ist.

chend bestimmt und vorhersehbar, um CFDs bereits vor der Gesetzesrevision unter die Meldepflicht zu stellen.⁵⁷

Folgerichtig gelangte das Bundesgericht im Implenia-Fall zum Schluss, auch wenn ein bestimmtes Finanzierungsinstrument (wie CFDs) vom Wortlaut des Verordnungsrechts nicht erfasst werde, könne doch eine Meldepflicht entstehen, weil und soweit davon ausgegangen werden dürfe, dass mit der Generalklausel alle Arten des indirekten Erwerbs von Aktien, mithin auch die «wirtschaftliche Berechtigung» mittels CFDs erfasst werden sollten. Dabei lasse sich aus dem Umstand, dass in einem späteren Zeitpunkt (unter anderen) solche CFDs ausdrücklich gesetzlich erfasst würden, nicht ableiten, «dasselbe hätte nicht schon früher gegolten». Die Auslegung der Bestimmungen ergebe nämlich, dass es sich dabei nicht um einen neuen Tatbestand handle. Vielmehr werde der alte Tatbestand neu nun teilweise unmittelbar im Gesetz konkretisiert.⁵⁸ In diesem Fall basieren die Erwägungen des Bundesgerichts auf der Überlegung, wenn ein bestimmter Sachverhalt nicht gesetzlich geregelt sei, könne die Generalklausel bzw. der Auffangtatbestand zur Anwendung gelangen und damit eine Meldepflicht vorliegen, und zwar auch dann, wenn dieser Sachverhalt zu einem späteren Zeitpunkt gesetzlich ausdrücklich als meldepflichtig erklärt werde.⁵⁹

IV. Zusammenfassung

Der Grundsatz von «nulla poena sine lege certa» schliesst die Formulierung weit gefasster Straftatbestände nicht aus, soweit dies notwendig ist, um mit dynamischen Entwicklungen Schritt zu halten. Sofern aber der Umfang gesetzlicher Generalklauseln bzw. von Auffangtatbeständen auf Verordnungsstufe konkretisiert wird – und zwar durch eine mit besonderer Fachkompetenz ausgestattete Behörde – und deshalb davon auszugehen ist, dass bei Erlass der betreffenden Bestimmungen bereits eine umfassende Interessensabwägung vorgenommen worden ist, schliesst dies den subsidiären Rückgriff auf offen formulierte Strafnormen auf Gesetzesstufe grundsätzlich aus.

⁵⁷ Vgl. BGE 136 II 304, 327. Hingegen mangelte es in Bezug auf Cash-Settlement-Optionen vor der Revision von Art. 13 BEHV-EBK – aufgrund der unbestrittenen gegenteiligen Literaturauffassung – an einer ausreichend bestimmten und vorhersehbaren Gesetzesgrundlage, vgl. auch VON DER CRONE/BILEK/HIRSCHLE (Fn. 22), 10.

⁵⁸ BGE 136 II 304, 327.

⁵⁹ BGE 136 II 304 ff., 322 ff.